

La protection accordée en matière criminelle et pénale

Mario Tremblay*

Introduction	115
1. La distinction entre le litige de nature criminelle et pénale	117
2. Les sources de protection	118
2.1. La common law	118
2.2. La loi	121
2.3. Les Chartes	126
3. L'objet de la protection: la protection de la vie privée.	128
4. Le caractère raisonnable de la protection: la notion d'atteinte aux droits fondamentaux	130
5. Les facteurs à considérer en cas d'atteinte aux droits garantis	133
5.1. Les facteurs touchant à l'équité du procès	135
5.2. Les facteurs touchant à la gravité de la violation	138
5.3. L'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice	140
6. Conclusion	141

* Avocat, substitut en chef adjoint du Procureur général.

Introduction

Il fut un temps où il était relativement facile de traiter des attentes en matière de vie privée. La pierre d'assise de la protection contre l'intrusion de l'État reposait sur le solide concept de l'inviolabilité de la demeure¹. Cette façon de concevoir les garanties personnelles en matière de vie privée comme liées à l'exercice des droits réels de propriété résista au passage du temps pendant plus de 300 ans. Elle ne fut pas sans connaître cependant certaines atténuations lorsqu'il était démontré que l'intérêt collectif l'exigeait².

Au début des années 1970, l'introduction de la partie VI du Code criminel³ sur les «Atteintes à la vie privée» provoqua une prise de conscience par les juristes de l'avènement d'une ère où l'évolution rapide de la technologie marquerait de son pas l'analyse et la réflexion juridique sur le degré d'atteinte justifiable, aux garanties personnelles contre l'intrusion dans la vie privée⁴.

Dans notre société moderne, l'éventail des moyens électroniques de surveillance dont dispose l'État n'a d'égal que le raffinement des techniques utilisées par ceux qui transgressent les lois. La surenchère engendrée, rendue nécessaire pour assurer la détection et la répression du crime, propulsera les juristes d'aujourd'hui au cœur des préoccupations du XXI^e siècle⁵.

-
1. *Semayne's case*, (1604) 5 Co. Rep. 91a.
 2. Dans le cadre d'une analyse historique de ces atténuations, le juge Estey de la Cour suprême, dans l'arrêt *Lyons c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 633, exprimait l'opinion que la protection associée au concept de la résidence privée dans une communauté tirait sa force de l'existence même d'une communauté, c'est-à-dire, d'un État de droit.
 3. S.C. 1973-74, c. 50.
 4. «L'intérêt qu'a la société à ce que le crime soit découvert et éliminé entraîne aussi des empiétements inévitables sur le concept du château. La partie IV.I reconnaît les réalités techniques de l'ère des communications étant donné qu'elles influent sur la découverte et la prévention du crime en particulier et sur le droit à la vie privée de manière générale». Le juge Estey dans l'arrêt *Lyons, supra*, note 2.
 5. Dans l'arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, le juge La Forest dit: «Dans les motifs prophétiques qu'il a prononcés dans l'arrêt *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928), le juge Brandeis a prévu qu'il ne fallait pas s'attendre à ce que les

De nouveaux textes de lois, que plusieurs pourraient qualifier de plus permissifs vont permettre aux agents de l'État d'être beaucoup plus efficaces dans leurs luttes. D'aucuns pourraient convenir aussi qu'il s'agit là d'une manifestation de la volonté du législateur de régir très sérieusement certaines pratiques. Mentionnons l'article 487.01, qui permet l'octroi d'un mandat général par un juge, autorisant tout acte ou méthode d'enquête qui sans cette autorisation constituerait une fouille, une perquisition ou une saisie abusive. Précisons que c'est par le biais d'un mandat général que peut être donnée une autorisation de procéder à l'installation d'une caméra vidéo dissimulée⁶.

Pour tous, la loi interdit, sauf exception ou autorisation judiciaire, l'interception de toutes communications privées⁷. L'interception d'une communication radiotéléphonique, et sa divulgation lorsqu'elle est faite malicieusement ou dans un but de gain, a été criminalisée en 1993⁸. Cependant, les rapports entre citoyens qui portent atteinte à leur vie privée en dehors de toute intervention de l'État, quoiqu'ils puissent constituer des infractions, échappent à l'application de la Charte⁹. Il s'avère donc déjà difficile de cerner les différentes possibilités d'atteintes à la vie privée directement et indirectement, et par conséquent, d'étudier les différents degrés d'atteinte aux droits fondamentaux qu'engendrent ces actions privées, puisque peu de cas seront judiciairisés.

Cependant, la simple mention du nom de Wilhelmy évoquera dans l'esprit de chacun le spectre d'une interception clandestine dans le milieu politique. Dans le monde des affaires, la miniaturisation des appareils d'interception audio a favorisé l'espionnage industriel. De

progrès de la science, qui fournissent au gouvernement les moyens de procéder à de l'«espionnage», s'arrêtent à l'écoute. On peut toutefois penser que même le juge Brandeis ne pouvait prévoir le rythme vertigineux que prendrait l'évolution de la technologie de l'écoute au cours de la deuxième moitié de notre siècle».

6. L'article 487.01 prévoit, aux paragraphes (4) et (5), à quelles conditions précises semblable requête doit obéir. Il y est précisé que la définition d'infraction de l'article 183 et les articles 183.1, 184.2, 184.3, 185 à 188.2, 190, 193, et 194 à 196, relatifs à l'interception de communications privées s'appliquent avec les adaptations de circonstances à la surveillance vidéo. De même, le juge doit-il lorsqu'il autorise un agent à effectuer une surveillance, dans des conditions *telles qu'une personne peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée*, énoncer des modalités qu'il estime opportunes pour s'assurer de ce respect, autant que possible.

7. Voir l'article 184 du Code criminel.

8. Voir les articles 184.5 du Code criminel et 193 du même Code sur la divulgation d'une communication interceptée.

9. À moins d'une mention contraire, l'utilisation du terme CHARTE ou une référence à la Charte n'impliquera que la *Charte canadienne des droits et libertés*.

nouveaux commerces spécialisés en contre-espionnage industriel ont pignon sur rue et offrent en vente des dispositifs d'interception.

Des membres de bandes criminalisées s'équipent afin de déjouer la surveillance policière. Dans certains autres cas, ce sont les policiers qui se dotent d'équipement vidéo de protection afin de fixer sur bande magnétique leurs interventions.

Vous conviendrez que nous sommes entrés de plein pied dans l'ère du MULTIMÉDIA juridique. L'évolution juridique que connaîtront ces phénomènes se révélera donc un travail prospectif, proposé dans le cadre de votre conférence, par le biais de l'étude de quelques développements jurisprudentiels récents, placés dans une perspective historique.

1. La distinction entre le litige de nature criminelle et pénale

«Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, même s'il y avait désaccord quant à son application, huit de neuf juges ont confirmé le principe énoncé dans les arrêts *Thomson Newspapers* et *McKinlay Transport*, selon lequel il faut faire une distinction entre une loi criminelle et une loi qui est de nature réglementaire, en examinant l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* à ces lois»¹⁰. C'est en ayant à l'esprit cette distinction, considérant tous les éléments dans un contexte donné (méthode contextuelle)¹¹, qu'on examinera la portée du droit garanti par la Charte¹². Il y a deux raisons qui justifient la distinction; la première concerne la nature distinctive de l'activité réglementaire, la seconde reconnaît la nécessité fondamentale d'assurer la protection des personnes vulnérables par des lois de nature réglementaire¹³.

Ceux qui agissent dans un domaine réglementé doivent connaître les règlements qui les régissent et les accepter¹⁴. Le Code de procédure pénale du Québec, d'application générale, prévoit peu de moyens d'atteinte aux droits privés¹⁵, mais autorise explicitement le

10. Le juge Cory dans *Tabah c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 339.

11. Voir *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229 et *R. c. Fitzpatrick*, C.S.C., n° 24254, le 16 novembre 1995.

12. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Cory à la page 226.

13. *Id.*, p. 227.

14. *Ibid.*, voir aussi *R. c. Fitzpatrick*, précité, note 11.

15. Le chapitre III, articles 95 à 141, constitue l'ensemble des dispositions relatives aux perquisitions.

recours au droit pénal canadien, à titre supplétif pour l'interprétation des infractions et pour l'identification et l'application des moyens de défense¹⁶.

Par contre, le législateur fédéral a expressément prévu que les puissants moyens qu'offre le Code criminel en matière de fouille et de surveillance électronique s'appliquent à toute infraction à une loi fédérale. Bien plus, le moyen ultime qu'est l'interception des communications privées est même disponible dans le cadre d'enquêtes portant sur des sujets aussi diversifiés que la *Loi sur les petits prêts*, la *Loi sur la faillite*, la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* ainsi que plusieurs autres précisés à la définition d'«infraction» prévue à l'article 183 du Code criminel.

Des pouvoirs d'inspection sont aussi prévus dans plusieurs lois tant fédérales que provinciales. La Cour suprême a estimé que ces pouvoirs sont dans une certaine mesure assimilables à des perquisitions et soumis à l'article 8 de la Charte¹⁷.

2. Les sources de protection

2.1. *La common law*

i) La période antérieure à la Loi de 1974

La nature moderne des moyens utilisés rend suspect le recours à des principes dont les racines se perdent dans la nuit des temps. À l'origine, le seul rempart contre l'intrusion que constituait le principe de l'inviolabilité de la demeure suffisait à repousser les atteintes, essentiellement physiques, à la vie privée. Vers la fin du XIX^e siècle, l'apparition de nouveaux moyens de communication fut suivie aussitôt d'interceptions volontaires. Le XX^e siècle, dans sa première demie, fut marqué d'atteintes diversifiées et grandissantes à la vie privée qui amenèrent les tribunaux à façonner un droit au respect de l'intimité, lequel pouvait englober aussi un droit à l'image. Mais, on en sait très peu sur le droit antérieur à la promulgation de la Partie VI (à l'époque IV.I) du Code criminel, intitulée «Atteintes à la vie privée»¹⁸. Il semble cependant que «Quelque incertain qu'ait pu être

16. Article 60 du Code de procédure pénale du Québec.

17. *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406.

18. Voir Daniel A. BELLEMARE, *L'écoute électronique au Canada*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 25 et s. Les communications orales ne bénéficiaient d'aucune protection particulière et les télécommunications étaient l'objet de protections partielles dans les lois de certaines provinces. «Il semble donc

l'état antérieur du droit avant l'adoption de ces dispositions, le Parlement a voulu protéger la vie privée des citoyens en faisant un crime de l'interception volontaire d'une communication privée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. Reconnaissant toutefois la nécessité d'aider la police à déceler le crime, le Parlement a énoncé des procédures en vertu desquelles les interceptions peuvent être légales dans certains cas et sous réserve de contrôles judiciaires¹⁹.

Les pouvoirs en common law en matière de fouille et de perquisition étant extrêmement limités, les tribunaux laissèrent au législateur le soin de les élargir. Ces pouvoirs d'effectuer une fouille sans mandat n'existaient pas en common law, sauf s'il s'agissait du pouvoir accessoire à une arrestation effectuée conformément à la loi²⁰.

ii) *La période postérieure à la Loi de 1974*

Le Parlement adopta la *Loi sur la protection de la vie privée* en 1974. En common law, le régime général favorise l'admissibilité de la preuve directe sous réserve d'exclusions particulières²¹. Au moins en ce qui a trait à la question principale de l'inadmissibilité en preuve d'une communication privée interceptée, (et plus particulièrement à l'époque de l'article 178.16, abrogé en partie, *actuel 189*, qui permettait, de façon tout à fait novatrice, l'exclusion d'une preuve dérivée lorsqu'un juge était d'avis que son admission en preuve ternirait l'image de la justice, ce qui dérogeait à la règle de l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue) il est apparu évident que le Parlement avait modifié la règle de common law²².

À l'époque, cet article 178.16(1) du Code créait une présomption d'inadmissibilité en preuve d'une communication interceptée: «Cette

qu'avant 1974, l'écoute électronique n'était pas considérée comme illégale, et ce, nonobstant les précisions susdites». Dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, le juge Estey dit «Prior to the amendment of the *Criminal Code* by the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, the interception of private communications was not regulated by Parliament».

19. Propos du juge Lamer, alors juge puîné, dans l'arrêt *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121.

20. Voir *R. c. Wong*, précité, note 5.

21. Voir *R. c. Wray*, (1970) 4 C.C.C. 1 et *R. c. Rothman*, (1981) 59 C.C.C. (2d) 30.

22. Voir *R. c. Comisso*, précité, note 19, le juge Dickson, dissident, reprochait au ministère public de se fonder sur l'arrêt *Wray*, précité, note 21 et estimait que cette jurisprudence n'était d'aucun secours en l'espèce: «Il s'agit ici non pas de la common law, mais d'un ensemble législatif très bien structuré. De toute évidence, le Parlement a modifié la règle de common law lorsqu'il y a interception de communications privées».

présomption d'inadmissibilité constitue en fait une règle d'exclusion qui résulte d'une décision politique et qui vise à régler indirectement la conduite des policiers lors de l'obtention de la preuve électronique²³. «La règle d'exclusion a pour objet d'empêcher les atteintes illégales à la vie privée. Si l'atteinte consiste en une interception légale, la règle d'exclusion est dès lors inapplicable. *On vise à protéger non pas le sujet des conversations, mais la vie privée des interlocuteurs*»²⁴.

La *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif* et la *Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, c. 40, entrée en vigueur le 1^{er} août 1993, a entraîné l'abrogation de la présomption d'inadmissibilité. Dorénavant, les questions touchant à l'admissibilité ou à l'exclusion de la preuve directe et dérivée sont régies par la Charte²⁵.

Est-ce à dire que la common law n'est plus d'aucun secours aujourd'hui, je ne le crois pas, bien au contraire²⁶. Les prescriptions du Code criminel en matière d'atteintes à la vie privée sont complexes, voire incomplètes. Les juges, aux prises avec des difficultés particulières, se tourneront vers la common law et ses canons, au chapitre de l'interprétation²⁷.

De même, dans le cadre de procès, lorsqu'il y aura lieu pour les tribunaux de se pencher sur la conduite d'un citoyen ayant porté

23. Voir Daniel A. BELLEMARE, *L'écoute électronique au Canada*, *supra*, note 18, p. 275.

24. Voir *R. c. Comisso*, *supra*, note 19, propos du juge Lamer.

25. Voir l'opinion du juge McCombs dans *R. c. Gallego*, (1993) 85 C.C.C. (3d) 178 (C.A. Ont.).

26. À titre d'exemple, le privilège de l'informateur de police, au centre des débats lors de l'ouverture du paquet scellé, n'est pas codifié, il relève toujours de la common law. Voir *Hiscock et Sauvé c. R.*, C.A.Q., n° 500-10-000174-852.

27. Dans la cause de *Robillard c. La Reine*, C.S. Mtl, n° 500-01-009926-939, le juge Pierre Pinard, saisi d'une requête préliminaire sur l'obligation pour la poursuite de faire la preuve de la légalité d'une interception postérieurement à la Loi C-109, se référa «à la vieille règle de common law voulant qu'une partie ne soit jamais tenue de prouver la non-existence d'un fait, ce que la jurisprudence de Common law appelle «a negative averment»». Voir aussi Mme L'Heureux-Dubé dans *R. c. O'Connor*, C.S.C., n° 24114, jugement rendu le 14 décembre 1995; «De même que notre Cour a reconnu dans *Re B.C. Motor Vehicle Act*, précité que les «principes de justice fondamentale» énoncés à l'art.7 sont inspirés par les doctrines fondamentales de notre système de common law et par les art. 8 à 14 de la Charte, je pense que les mots «liberté» et «sécurité de sa personne» doivent, en tant qu'aspects essentiels d'une société libre et démocratique, être animés par les droits et les valeurs formulés dans la common law, le droit civil et la Charte».

atteinte à des attributs de la vie privée d'un autre, la non-applicabilité de la Charte étant admise, l'admissibilité d'une preuve obtenue ou son exclusion pourra faire l'objet d'une décision du juge, en vertu de son pouvoir discrétionnaire de common law²⁸. Même si la Charte ne s'applique pas, le juge a le devoir de veiller à l'équité du procès.

2.2. La loi

i) *La recherche d'un équilibre entre la protection contre l'intrusion et la nécessité de recourir à l'intrusion*

Les premières interceptions connues datant de 1963, dès 1964, plusieurs projets de lois furent présentés à la Chambre des communes afin de doter le Canada d'une loi réglementant l'interception des communications privées²⁹. Ce n'est que le 1^{er} juillet 1974 qu'entra en vigueur la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, c. 50.

Le législateur poursuit un double objectif et recherche une solution d'équilibre entre deux droits fondamentalement divergents: «La partie IV.I, intitulée «Atteintes à la vie privée», vise à la fois à protéger la vie privée des personnes et à permettre d'y porter atteinte. La présence même de la partie IV.I dans le code constitue une reconnaissance de ces besoins opposés relativement au droit criminel qui, bien sûr, relève de la compétence exclusive du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle*»³⁰.

La surveillance électronique joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes. Son utilité dans les enquêtes en matière de stupéfiants, par exemple, a été maintes fois confirmée. Mais pour les raisons déjà évoquées, il est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable. D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsa-

28. Voir *Cauci c. R.*, C.A.M., n° 500-10-000158-921, le 2 novembre 1995; *R. c. Harrier*, (1995) 101 C.C.C. (3d) 193 (C.S.C.); *R. c. Corbett*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 185 (C.S.C.); *R. c. Potvin*, (1989) 47 C.C.C. (3d) 289 (C.S.C.).

29. Voir *L'écoute électronique au Canada*, supra, note 18, p. 31 et s. Des projets de lois furent présentés presque à chaque année, de 1964 à 1973. En cette dernière année, deux projets de lois furent présentés par le ministre de la Justice, le dernier, le Bill C-176, fut sanctionné le 14 janvier 1974. Aussi, le juge Estey dans l'arrêt *Lyons*, op. cit., p. 55 et s., dresse un tableau historique des discussions et rapports qui ont précédé l'adoption de la loi.

30. Le juge Estey dans *Lyons c. R.*, précité, note 2.

bilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur fédéral par l'adoption de la Partie IV.I du Code criminel.³¹

ii) *La protection de la vie privée*

Quoique le titre de la *Loi sur la protection de la vie privée* soit très évocateur, la Loi de 1974 ne régleme que l'interception des communications privées³². À tout le moins, le législateur souhaita-t-il régir ce mode d'intrusion dans la vie privée très strictement. L'introduction de l'article 178.11 du Code (actuel 184) crée une infraction pour quiconque intercepte, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, une communication privée³³. Conséquemment, la possession, la vente et l'achat de dispositifs, sachant que leur conception les rend principalement utiles à l'interception clandestine de communications privées, seront aussi criminalisés³⁴.

Mais l'application de ces deux dispositions s'avéra et est toujours très difficile. Une difficulté maîtresse semble liée à l'article 183 du Code qui propose une définition statutaire du terme *communication privée*. Cette définition est rédigée d'une façon telle qu'elle a généré une abondante jurisprudence fondée sur l'analyse du risque lié au moyen de communication qu'emprunte l'auteur ou à ses attentes en matière d'intimité³⁵. Dans ce contexte, les tribunaux conclurent que les communications *radio-téléphoniques* (téléphone cellulaire et télé-avertisseur audible)³⁶ ne rencontraient pas les exi-

31. *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, le juge La Forest.

32. Voir *L'écoute électronique au Canada*, *supra*, note 18, p. 33: «Une analyse rapide de la législation nous révèle avec éclat que le titre choisi par le législateur est beaucoup trop large et tout à fait inapproprié». Aussi, dans *R. c. Wong*, précité, note 5, la Cour suprême a balayé du revers de la main un argument favorisant une interprétation libérale de l'article 186(4)d) du Code qui aurait permis une surveillance magnétoscopique à titre de mesure accessoire à une autorisation accordée selon la Partie VI du Code.

33. Évidemment sauf autorisation judiciaire ou exception. Mentionnons aussi que la loi prévoyait alors en 1974 une troisième possibilité, soit l'interception consensuelle, sans autorisation judiciaire. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, il fut jugé que l'interception d'une communication privée, par un agent de l'État, avec le consentement de l'auteur ou de la personne à laquelle la communication est destinée, *sans autorisation judiciaire*, constituait une atteinte à l'article 8 de la Charte. Le 1^{er} août 1993, l'article 184.2 du Code criminel ajouta à la surveillance participative, l'autorisation judiciaire.

34. À l'époque 178.18(1) du Code criminel, actuel 191 du même Code.

35. Voir E. EWASCHUCK, *Criminal Pleadings*, chap. 4, par. 4:1030.

36. Voir *R. c. Solomon*, (1992) 77 C.C.C. 264 (C.M. Mtl) et *R. c. Lubovac*, (1989) 52 C.C.C. (3d) 551 (C.A. Alb.), permission d'en appeler refusée à la Cour suprême.

gences statutaires, principalement parce qu'il était de commune renommée que ces appareils étaient facilement et fréquemment l'objet d'interceptions accidentelles ou non.

Il devenait donc difficile de poursuivre en vertu du Code pour ces interceptions, à la fois les gens qui interceptaient et les gens qui proposaient des équipements (balayeur d'ondes) sachant que ceux-ci échappaient au contrôle judiciaire. À la suite d'une interception aux effets médiatiques retentissants³⁷, trois nouveaux articles créant autant de nouveaux crimes furent introduits³⁸. L'article 184.5 du Code incorpore un nouveau concept d'interception faite, *malicieusement ou aux fins de gains*. L'interprétation de ces termes donnera lieu à des difficultés du même ordre que celles encourues avec la définition du terme *communication privée*. Alors que ce dernier terme supposait que le tribunal estime objectivement le degré d'attente en matière d'intimité de l'émetteur, les nouveaux termes supposent que le tribunal mesure le degré d'atteinte par l'intercepteur ou la personne qui divulgue, ce qui en pratique se vérifiera par le contexte factuel dans lequel on procède à l'interception ou par le résultat recherché ou obtenu par la divulgation³⁹. Il sera donc très intéressant de voir comment les tribunaux interpréteront le terme *malicieusement*, par rapport à l'interception innocente ou utile⁴⁰.

iii) Des dispositions législatives qui autorisent l'intrusion

La Partie VI, d'application particulière, régissait de façon très stricte les atteintes justifiables et interdites en matière de vie privée depuis 1974, mais elle ne traitait que des communications privées. Il

37. L'affaire *Wilhelmy*, à laquelle nous référerions en introduction. On a d'ailleurs surnommé les amendements au Code qui s'ensuivirent, *Les amendements Wilhelmy*, voir un texte dans le *Journal du Barreau* publié dans les éditions de février et mars 1994 par M^{es} Françoise Girard et François Fontaine.

38. Ce sont les articles 184.5 du Code, interdisant l'interception de radio-télécommunication *malicieusement ou aux fins de gains*, 193 du Code qui prévoit une infraction pour la divulgation ou l'utilisation d'une communication privée interceptée et 193.1, une infraction pour la divulgation ou l'utilisation d'une communication radio-téléphonique interceptée.

39. À titre d'exemple, dans *R. c. Lessard*, C.Q., n° 200-01-000000-951, une accusation a été portée contre un présumé membre d'un groupe criminalisé trouvé en possession d'équipements destinés à intercepter les communications des policiers, lesquels équipements étant particulièrement utiles pour contrer une filature. L'accusé a plaidé coupable à l'accusation.

40. Mentionnons que l'article 193(2) prévoit plusieurs catégories d'exemptions, dont notamment le cas de l'interception et de la divulgation à un agent de la paix, dans le but de prévenir la commission d'un crime, d'en permettre la résolution ou tout simplement de servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs.

revenait donc au législateur d'établir dans quelles conditions un organisme chargé de l'application de la loi pourrait avoir recours aux nouvelles technologies de surveillance afin de s'acquitter de son mandat⁴¹.

- La preuve audio

Le Code criminel prévoit cinq modes légaux d'interceptions des communications privées. La première, l'interception ordinaire avec autorisation judiciaire⁴², est la plus répandue. Il s'agit cependant du moyen qui connaît les conditions d'application les plus strictes et le régime jurisprudentiel le plus complet. La demande d'un mandataire spécialement désigné, appuyée de l'affidavit très circonstancié d'un policier, ne peut être présentée qu'à l'égard de certains crimes expressément prévus et ne sera accordée que si un juge est d'avis que les méthodes usuelles d'enquêtes ont été essayées et ont échoué ou ont peu de chance de succès et que l'octroi de l'autorisation servira au mieux l'administration de la justice. Cette autorisation ne peut excéder soixante jours et les conditions de renouvellement sont très sévères.

La deuxième, l'autorisation d'urgence⁴³, obéit aux mêmes règles mais peut être présentée sommairement, lorsque l'urgence d'agir est telle qu'il est impossible en pratique de formuler une requête ordinaire. La requête du policier est présentée à un juge spécialement désigné par le juge en chef, les motifs au soutien feront l'objet d'un bref affidavit ou enregistrés et conservés⁴⁴. Elle n'est valide que pour une période maximale de 36 heures.

Dans des circonstances exceptionnelles, si l'urgence de la situation est telle qu'il sera impossible d'obtenir une autorisation malgré toute la diligence raisonnable, et qu'il est impératif d'effectuer l'interception afin de protéger d'un tort sérieux l'auteur des communi-

41. «C'est au législateur et à lui seul qu'il revient d'établir les conditions dans lesquelles les organismes d'application de la loi peuvent avoir recours à la technologie de surveillance magnétoscopique pour combattre la criminalité. Il en est de même pour toute nouvelle technologie que les progrès de la science mettront à la disposition de l'État dans les années à venir». *R. c. Wong, supra*, note 5, p. 57.

42. Article 186 du Code criminel. Cette forme d'autorisation n'a à peu près pas connu de changement depuis 1974.

43. Article 188 du Code criminel.

44. Voir *R. c. Galbraith*, (1989) 49 C.C.C. (3d) 178 et *R. c. St-Yves*, (1994) 34 C.R. (4th) 39.

tions ou la personne à qui il les destine, un agent de la paix peut intercepter ces communications, sans autorisation judiciaire⁴⁵.

La loi autorise aussi l'interception consensuelle mais après autorisation judiciaire⁴⁶. Précisons que les conditions requises pour obtenir semblable autorisation sont moins strictes que pour une autorisation ordinaire. Le requérant n'aura pas à attester de l'épuisement ou de l'inutilité des autres moyens d'enquête, il n'aura qu'à établir le consentement de l'auteur ou de la personne à qui est destinée la conversation et l'existence de motifs raisonnables de croire que des renseignements utiles à une enquête relative à toute infraction à une loi fédérale seront obtenus suite à l'interception. Cette demande pourra être présentée à l'aide d'un moyen de télécommunication⁴⁷.

Finalement, à des fins préventives, un agent de l'État peut intercepter une communication privée si l'interception vise à empêcher l'infliction de lésions corporelles⁴⁸. La communication interceptée sera cependant inadmissible en preuve, sauf dans les procédures relatives aux lésions corporelles et elle devra être détruite dans les plus brefs délais possible si elle ne laisse pas présumer l'infliction, la tentative ou la menace d'infliction de lésions corporelles.

- La preuve vidéo

Le 22 novembre 1990, un arrêt de la Cour suprême fit prendre conscience aux juristes de la venue d'un nouveau phénomène: la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement⁴⁹. Les faits relatés nous ont appris que les policiers de Toronto avaient dès septembre 1984 installé dans une chambre d'hôtel une caméra vidéo dont la lentille avait environ la dimension d'une mine de crayon afin d'enquêter sur des jeux illégaux. À l'examen, la Cour conclut à une atteinte à l'article 8 de la Charte et à une impossibilité d'élargir les dispositions relatives à l'écoute électronique au point d'englober et d'autoriser ce genre d'activité⁵⁰.

45. Article 184.4 du Code criminel.

46. Article 184.2 du Code criminel.

47. Article 184.3 du Code criminel.

48. Article 184.1 du Code criminel.

49. Il s'agit de l'arrêt *R. c. Wong*, précité, note 5.

50. La preuve recueillie ne fut pas exclue cependant, l'appelant n'ayant pas réussi à démontrer que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il appartenait donc encore au législateur d'élargir la gamme des moyens qu'il entendait mettre à la disposition des agents de l'État, ce qu'il fit, faut-il le redire, en 1993. L'introduction de l'article 487.01 du Code criminel, de droit tout à fait nouveau, propose que tout acte, méthode ou technique utilisés par un agent de l'État, qui pourrait être jugé comme une atteinte à l'article 8 de la Charte, pourra faire l'objet d'une demande d'autorisation judiciaire au préalable. L'autorisation sera obtenue si un juge⁵¹ est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'autorisation permettra l'obtention de renseignements utiles relativement à une infraction à une loi fédérale et que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice.

Plus particulièrement, dans le cas de la surveillance vidéo, le législateur a souhaité que les conditions strictes d'application propres à l'interception de communications privées, que le juge La Forest avait qualifiées de sauvegardes constitutionnelles dans l'arrêt *Duarte*, précité note 31, s'appliquent avec les adaptations nécessaires à la surveillance vidéo⁵².

2.3. *Les Chartes*

i) *La Charte des droits et libertés de la personne*

La *Charte des droits et libertés de la personne*⁵³, adoptée en 1975, est la loi suprême au Québec. Elle a préséance sur toutes les lois adoptées par l'Assemblée nationale et vise toutes les matières qui sont de la compétence législative du Québec⁵⁴. Elle reconnaît explicitement plusieurs droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée⁵⁵, l'inviolabilité de la demeure⁵⁶, le droit au respect de la propriété privée⁵⁷ et une protection contre les saisies, perquisitions et fouilles abusives⁵⁸.

Une atteinte illicite à un droit garanti confère à la victime le droit d'obtenir une réparation⁵⁹. Il semble cependant que la Charte québécoise soit très rarement invoquée dans un litige pénal.

51. Un juge de la Cour du Québec ou un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle, cf. article 487.01(1) du Code criminel.

52. Voir les paragraphes (4) et (5) de l'article 487.01 du Code.

53. L.R.Q., c. C-12.

54. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 55.

55. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 5.

56. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 7.

57. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 8.

58. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 24.1.

59. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 49.

ii) *La Charte canadienne des droits et libertés*

La *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁰, enchâssée dans la Constitution canadienne, s'applique au Parlement et au gouvernement fédéral pour tous les domaines relevant de sa juridiction et à l'Assemblée nationale et au gouvernement provincial pour tous les domaines de compétence provinciale⁶¹. Elle ne s'applique cependant qu'à l'État ou aux agents de l'État⁶². Les droits et libertés qui y sont expressément prévus ne sont pas absolus. L'article 1 prévoit que les droits garantis par la Charte peuvent être restreints par des justifications qui doivent être établies dans le cadre d'une société libre et démocratique.

C'est principalement l'article 8 de la Charte qui énonce les garanties juridiques liées au respect de la vie privée⁶³. L'article 8 doit s'interpréter en fonction de son objet, la *protection de la vie privée* des particuliers, et l'esprit de l'article 8 ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites. Aux cas *d'atteinte aux droits fondamentaux*, la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie doit s'apprécier en fonction de l'effet raisonnable ou abusif de la fouille, de la perquisition et de la saisie ou d'une loi autorisant une fouille ou une perquisition et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif valable⁶⁴.

Une autorisation préalable par un arbitre impartial, quand elle peut être obtenue, est la condition préalable à la constitutionnalité d'une fouille. Il s'ensuit qu'une fouille effectuée sans autorisation judiciaire sera qualifiée, à première vue, d'abusive. Le critère minimal qui s'applique à l'autorisation judiciaire est l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été ou sera commise et que des éléments de preuve suffisamment cernés se trouvent à l'endroit visé.

Ces conditions ne sont pas immuables, comme le rappelait le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, l'interprétation

60. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, proclamée le 17 avril 1982.

61. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 32.

62. Voir *Douglas College c. A.G. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. Harrer*, précité, note 21; *R. c. Fitch*, 93 C.C.C. 185 (C.A.C.-B.); *R. c. Shafie*, (1989) 68 C.R. (3d) 259 (C.A. Ont.) et *R. c. Cauci*, précité, note 28.

63. «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», article 8 de la Charte.

64. Voir *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Duarte*, précité, note 31.

d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. La Constitution est rédigée en fonction de l'avenir et vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale. «Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées»⁶⁵.

Cependant, ces conditions minimales constituent des garanties solides contre les fouilles injustifiées et doivent recevoir une interprétation restrictive. La Cour a elle-même précisé que les cas où des écarts à ces principes seront considérés raisonnables seront extrêmement rares⁶⁶.

Toute personne victime d'une atteinte à ses droits garantis peut s'adresser à un tribunal compétent afin d'obtenir une réparation⁶⁷. L'article 24(2) permet au tribunal qui conclut que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis d'exclure ces éléments de preuve s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur admission serait plus susceptible de *déconsidérer l'administration de la justice* que leur exclusion.

3. L'objet de la protection: la protection de la vie privée

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.⁶⁸

Cette déclaration de principes est l'expression de la grande valeur qu'accordent nos tribunaux à la protection de la vie privée dans notre société⁶⁹. Mais quoique cette préoccupation soit au cœur

65. *Hunter c. Southam*, précité, note 64, p. 155.

66. *R. c. Simmons*, [1989] 2 R.C.S. 495.

67. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1).

68. Propos du juge La Forest dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

69. «Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives joue un rôle central dans un document qui vise à tracer le schéma directeur de la vision canadienne de ce qui constitue une société libre et démocratique. Le respect de la vie privée d'un individu est un élément essentiel de ce que signifie être «libre». Mme L'Heureux-Dubé dans *R. c. O'Connor*, C.S.C., n° 24114, jugement rendu le 14 décembre 1995.

même de l'article 8 de notre Charte moderne, il s'agit de la mutation d'une règle de common law dont les plus anciens artefacts permettent de situer l'origine à la fin du XIV^e siècle. Associée à la protection (intégrité physique) contre l'agression d'un lieu⁷⁰, elle évolua rapidement vers un droit à l'intimité, principalement dirigé contre les intrusions du gouvernement⁷¹.

De nos jours, il ne fait plus aucun doute que le but visé est la protection des attentes raisonnables en matière de vie privée. Au chapitre de l'analyse, la Cour suprême a expressément rejeté le critère de l'analyse fondé sur le risque⁷². Il s'agit d'un concept plus large que le droit de propriété⁷³. À quelques variantes près, les tribunaux s'ac-

-
70. Sir Coke dans *Semayne's case*, précité: «[...] the house of every one is to him his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence as for his repose [...]». Voir aussi l'opinion très intéressante du juge Estey dans *Lyons c. R.*, précité, sur les différents types de *trespass* en common law et leurs évolutions.
71. Daniel A. Bellemare attribue à une virulente adresse au Parlement anglais, en 1760, les premières traces de cette évolution. Selon un certain William Pitt: «The poorest man may, in his cottage, bid defiance to all the force of the crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storm may enter; but all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement». Dans *Hunter et Southam*, précité, le juge Dickson cite un arrêt, *Entick c. Carrington*, (1765) 19 St.Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275, où la Cour a refusé d'approuver une perquisition apparemment effectuée dans le cadre d'une enquête par des messagers du Roi, pour le motif qu'elle n'avait pas été autorisée par un juge de paix, sur la foi d'une dénonciation assermentée.
72. «[...] il faut se demander si la personne dont les propos ont été enregistrés a parlé dans des circonstances où elle pouvait raisonnablement s'attendre que ses propos ne soient entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait. Selon moi, lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées au sens exposé ci-dessus, l'enregistrement électronique clandestin *non autorisé* de ses communications doit forcément être considéré comme une violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Cette norme établie par la Charte doit, à mon avis, s'appliquer uniformément». Le juge La Forest, dans *R. c. Duarte*, précité, note 31; *R. c. Wong*, précité, note 5, en matière de vidéo-surveillance. Le critère de l'analyse fondée sur le risque que notre interlocuteur ait l'intention de trahir ou de rapporter nos confidences a été expressément rejeté dans ces arrêts. Voir aussi *R. c. Wijesinha*, C.S.C., n° 24015, motifs de jugement déposé le 21 septembre 1995, le juge Cory: «[...] une fois établi le caractère privé de la communication, le fait que l'auteur ait pu prévoir qu'elle serait enregistrée n'est pas pertinent relativement à la question de son utilisation ou de son inclusion en vertu du par. 24(2) de la Charte». Et *R. c. Evans*, C.S.C., n° 24359, le 25 janvier 1996, le juge Sopinka avec l'appui du juge Cory: «Comme je l'ai affirmé ci-dessus, l'autorisation implicite ne permet pas d'accomplir quoi que ce soit au-delà de ce «but autorisé». À mon avis, il est possible d'établir une analogie entre la présente affaire et les arrêts de notre Cour *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30 et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62».
73. L'arrêt *Hunter et Southam*, précité, a «brisé les entraves qui limitaient ces revendications à la vie privée. [c]e qui ne veut pas dire que certains lieux, en

cordent à dire que l'appropriation par un pouvoir public de quelque chose appartenant à une personne, contre le gré de cette personne⁷⁴ et au sujet de laquelle elle peut raisonnablement s'attendre à ce qu'on préserve le caractère confidentiel, constitue une saisie au sens de l'article 8 de la Charte⁷⁵. Ainsi, déjouer une attente, en matière de respect de la vie privée, constituerait une fouille⁷⁶.

Il est intéressant de constater que dans *R. c. Silveira*⁷⁷, le juge Cory fermait une première boucle dans l'évolution de la règle de common law, en disant: «Il n'existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa «maison d'habitation»».

4. Le caractère raisonnable de la protection: la notion d'atteinte aux droits fondamentaux

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.⁷⁸

L'autorisation légitime peut aussi tirer son origine de la common law⁷⁹, mais les règles de common law sont aussi assujetties à la Charte⁸⁰. Cependant la garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives* ne vise qu'une attente *raisonnable*. «Cette limitation du droit garanti par l'article 8 indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin

raison de la nature des interactions sociales qui s'y produisent, ne devraient pas nous inciter à être particulièrement sensibles à la nécessité de protéger la vie privée de l'individu». Opinion du juge La Forest dans *R. c. Dymont*, précité, note 68.

74. Le critère approprié pour déterminer si une personne a consenti à ce que l'État prenne quelque chose est celui de savoir si la personne possède suffisamment de renseignements pour pouvoir renoncer réellement au droit à la protection contre les saisies abusives, *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

75. *R. c. Dymont*, précité, note 68 et *R. c. Borden*, précité, note 74.

76. *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

77. C.S.C., n° 24013, motifs de jugement déposés le 18 mai 1995.

78. *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

79. À titre d'exemple, voir *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, relativement à la fouille accessoire à une arrestation. Aussi dans *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, le juge Sopinka: «Une perquisition fondée sur des principes de common law ou sur des dispositions législatives peut être *autorisée par la loi* et respecter en conséquence l'art. 8: [...]».

80. Voir *R. c. Wong*, précité, note 5: «De plus même si l'intimé était en mesure de citer des règles de common law, il me paraît clair que celles-ci seraient incompatibles avec la Charte».

de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi»⁸¹. Dans un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec, Mme la juge Tourigny disait: «Il me paraît, dans un premier temps, que la Charte ne garantit pas le droit des individus à la vie privée. Les auteurs affirment même que ce droit a été expressément exclu par les rédacteurs de la *Charte*⁸². La jurisprudence et les auteurs ont plutôt vu, à travers le droit garanti par l'article 8 contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives, l'existence implicite d'une expectative raisonnable quant à la vie privée «reasonable expectation of privacy»⁸³. C'est dans ce contexte d'expectative raisonnable qu'il faut analyser les droits des accusés qui soulèvent la violation de ce droit»⁸⁴. Il faut savoir aussi que le droit au respect de sa vie privée peut varier selon la nature de ce que l'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État, l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence⁸⁵. «L'examen effectué en vertu de l'art. 8 exige une pondération des attentes raisonnables en matière de vie privée et d'autres intérêts de la société, dont l'application efficace de la loi»⁸⁶. «Plus l'on s'éloignera du domaine du droit criminel, plus la façon d'aborder la norme du caractère raisonnable sera souple»⁸⁷.

Pour mieux cerner ces concepts, voici différentes formes d'atteintes considérées abusives:

- La surveillance électronique audio non autorisée⁸⁸;
- la surveillance électronique vidéo non autorisée de l'intérieur d'une chambre d'hôtel⁸⁹;
- la surveillance électronique non autorisée d'un véhicule au moyen d'une balise⁹⁰;
- la saisie de renseignements biographiques d'ordre personnel⁹¹;

81. Voir *Hunter et Southam*, précité, note 64.

82. E.G. EWASCHUK, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2nd edition, Canada Law Book, Aurora, 1995, n° 31:8017.

83. *Hunter et Southam*, précité, note 64.

84. *Bourque c. R.*, C.A.Q., n° 200-10-000134-929, le 20 septembre 1995.

85. *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

86. *R. c. Borden*, précité, note 75, opinion du juge Lamer.

87. *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, 35.

88. *R. c. Duarte*, précité, note 30; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111 et *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

89. *R. c. Wong*, précité, note 5.

90. *R. c. Wise*, précité, note 76.

91. *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

- la saisie de renseignements hautement confidentiels, qu'il s'agisse de stratégies d'affaires, de secrets industriels ou de réflexions personnelles notées dans un journal⁹²;
- la communication par un médecin à un policier de renseignements médicaux sur l'alcoolémie d'un patient⁹³;
- la remise d'un échantillon du sang d'un suspect par un médecin à un policier⁹⁴;
- la perquisition périphérique effectuée sans mandat⁹⁵;
- la conduite des policiers qui va au-delà de ce qui est permis en vertu de l'autorisation implicite de frapper à la porte⁹⁶.

Et différentes formes d'atteintes jugées raisonnables:

- le témoignage d'un analyste du laboratoire des expertises judiciaires sur le résultat de l'analyse d'un échantillon d'urine prélevé à des fins médicales mais saisi en vertu des pouvoirs d'un coroner⁹⁷;
- la perquisition autorisée du dossier médical d'un accidenté de la route afin d'obtenir une preuve de son alcoolémie⁹⁸.
- La demande de l'agent de police, faite conformément à des dispositions législatives, que l'appelant lui remette son permis de conduire et sa carte d'assurance pour examen⁹⁹;
- l'accès à des dossiers informatisés faisant état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence¹⁰⁰;
- la fouille par palpation d'une personne détenue et la visite de cellules à l'improviste dans une prison¹⁰¹;

92. *Thompson Newspaper c. P.G. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425.

93. *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768.

94. *R. c. Dymont*, précité, note 68.

95. *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3 et *R. c. Wiley*, précités, note 79.

96. *R. c. Evans*, C.S.C., n° 24359, jugement rendu le 25 janvier 1996. Dans le cadre d'une enquête, les policiers se sont présentés, en plein jour, à une résidence, ont frappé à la porte, se sont identifiés, ont senti une odeur de marijuana et ont immédiatement arrêté les appelants.

97. *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

98. *R. c. Tessier*, [1991] 3 R.C.S. 687; *Gagnon c. R.*, C.A.Q., n° 200-10-000076-922, le 1^{er} mars 1995.

99. *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621 et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

100. *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

101. *Weatherall c. P.G. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 872.

- l’interception à l’aide d’un dispositif électronique placé sous la table, des conversations entre un détenu et la personne qui lui rend visite dans la salle aménagée à cette fin¹⁰²;
- la surveillance dans le hall d’entrée d’un immeuble où le suspect est locataire¹⁰³;
- l’examen visuel, à l’aide d’une lampe de poche, de l’intérieur d’un véhicule¹⁰⁴;
- La prise d’enregistrement magnétoscopique et de photos faites à l’extérieur des endroits où certaines activités impliquant l’accusé se déroulaient, lesquels lieux étaient au surplus des endroits commerciaux¹⁰⁵;
- la fouille et la saisie d’un véhicule rapporté volé par son propriétaire, pour lequel il avait reçu un dédommagement de son assureur, même à l’encontre des intérêts de ce propriétaire¹⁰⁶.

Il faudra encore quelque temps avant d’obtenir une mesure suffisamment précise du pourtour des «expectatives en matière de vie privée» afin de garantir une opinion juridique. Malgré tout, force est de reconnaître que les organismes chargés de l’application de la loi favoriseront un recours croissant à l’utilisation de l’image dans le cadre d’enquêtes; installation de caméra vidéo dans les véhicules de patrouille, photographie de personnes¹⁰⁷, et utilisation grandissante de l’article 487.01 du Code criminel.

5. Les facteurs à considérer en cas d’atteinte aux droits garantis

Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, de tenir compte de toutes les circonstances. Les tribunaux ont considéré de nombreux facteurs dont la liste n’est pas exhaustive et qu’on peut résumer en termes généraux. Un premier

102. *R. c. Lirette*, C.A.Q., n° 500-10-000216-927, le 12 septembre 1995.

103. *Joyal c. R.*, C.A.Q., n° 500-10-000282-929, le 15 septembre 1995.

104. *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

105. *Elzein c. R.*, C.A.Q., n° 500-10-000053-908, le 3 mai 1993.

106. *R. c. Spinelli*, 101 C.C.C. (3d) 385.

107. Les policiers peuvent, en agissant ainsi, «saisir l’image» d’une personne afin de préserver la preuve d’identification: ce qui ne semble pas faire problème dans le cas d’une personne détenue légalement: *R. c. Shortreed*, (1990) 54 C.C.C. (3d) 292 (C.A. Ont.).

groupe de facteurs est important quand on détermine l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Le procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice et la bonne réputation du système dépend, dans une large mesure, de son équité.

Si la violation des droits compromet l'équité du procès, l'utilisation des éléments de preuve entraînera invariablement la déconsidération de l'administration de la justice. Un second groupe de facteurs touche à la gravité de la violation de la Charte et donc, à la déconsidération qu'entraînera l'acceptation par les juges d'éléments de preuve obtenus de cette façon.

Le troisième groupe de facteurs se rapporte à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'exclusion d'éléments de preuve essentiels à une accusation, à cause d'une violation anodine de la Charte, entraînerait un acquittement et serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice à des degrés différents directement proportionnels à la gravité de la violation. Toutefois, plus l'infraction est grave, plus le procès inéquitable sera dommageable pour la réputation du système¹⁰⁸.

Le paragraphe 24(2) n'exige aucun lien de causalité entre la violation de la Charte et l'obtention des éléments de preuve. On doit considérer que tous les éléments de preuve obtenus pendant la suite des événements qui se rapportent à une violation d'un droit que garantit la Charte relèvent du paragraphe 24(2)¹⁰⁹.

Il doit y avoir des règles à suivre pour les requêtes en vertu de la Charte. Premièrement, le juge devrait insister auprès de l'avocat de l'accusé afin que ce dernier énonce de possibles moyens fondés sur la Charte à l'ouverture du procès. Aussi, il serait préférable qu'un moyen qui vise l'exclusion d'un élément de preuve soit débattu avant l'introduction en preuve de l'élément litigieux. Le juge ne doit pas priver la poursuite d'une réponse sous 24(2) de la Charte ou d'un débat sous 1 de la Charte¹¹⁰.

Bien qu'il n'y ait pas de procédure particulière à suivre dans le cadre de la requête sous l'article 24, l'appréciation des faits par le juge

108. *R. c. Collins*, précité, note 78.

109. *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223 et *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

110. *R. c. Kutynec*, (1992) 12 C.R. (4th) 152; *R. c. Pelletier*, (1995) 38 C.R. (4th) 242 et *R. c. Chamberlain*, (1994) 30 C.R. (4th) 275.

doit être appuyée par la preuve. Aucun élément d'appréciation de crédibilité ne saurait être résolu sans audition régulière¹¹¹.

5.1. Les facteurs touchant à l'équité du procès

i) Les principes d'analyse

- La qualification de la preuve selon sa nature

De tous les facteurs à apprécier, l'équité du processus, et en particulier ses répercussions sur l'équité du procès, revêt une importance capitale. Il ressort de l'arrêt *Collins*, précité, qu'il y a lieu d'établir une première distinction fondée sur la nature de la preuve. L'utilisation d'une *preuve matérielle* préexistante, qui existe indépendamment de la violation de la Charte, aura rarement pour effet de rendre le procès inéquitable. Il en est autrement, lorsque l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces *preuves auto-incriminantes* n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable¹¹².

Toutefois, dans l'arrêt *Collins*, la Cour a employé l'expression *émanant de lui* parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Ce qui ne veut pas dire que la Cour limitait à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. L'utilisation de *tout élément de preuve* qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable¹¹³.

Le fait de qualifier la preuve de *preuve matérielle* ou de *preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même* ne devrait pas être déterminant en soi. Pour déterminer quels éléments de preuve devraient être écartés, il convient de considérer d'abord les éléments de preuve ayant le lien le plus étroit avec la Charte, pour en venir aux éléments de preuve qui ont un lien moins direct avec celle-ci. Il se pourrait que la preuve qui a un lien moins direct avec la violation soit écartée dans le cas où son utilisation aurait le même effet que l'utilisation de la preuve qui a un lien étroit avec la violation¹¹⁴.

111. *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091.

112. *R. c. Collins*, précité, note 78, p. 284, principe réitéré dans *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

113. Voir *R. c. Black*, précité, note 112, propos de madame la juge Wilson.

114. *R. c. Burlingham*, précité, note 109.

– L'application du test du «n'eût été»

Ces dernières nuances ne furent pas toujours bien rendues par les tribunaux, la preuve matérielle n'était presque jamais exclue et la preuve auto-incriminante, presque toujours. Dans l'arrêt *Mellenthin*, la Cour suprême a noté le dilemme du juge du procès, qui, face à ces principes opposés, a exclu une preuve matérielle parce qu'il était d'avis qu'elle n'aurait pas été découverte sans la fouille (témoignage forcé, injustifié dans le cadre d'un contrôle routier).

Le juge Cory reprit alors les propositions du juge La Forest qui voyait une nette différence entre la preuve qu'un accusé avait été forcé de créer et la preuve existante que l'accusé a contribué à localiser:

Dans l'arrêt *Thompson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 552, 553 et 555, le juge La Forest a fait remarquer que, dans le cas d'une preuve matérielle, il faut établir une distinction entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. Il a pris soin d'établir une distinction entre la preuve qui existe indépendamment et qui *pourrait* avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui *aurait* été découverte sans le témoignage forcé.¹¹⁵

Il s'ensuivait qu'une preuve créée compromettait l'équité du procès et devrait être écartée alors qu'une preuve située ne serait écartée que *si la preuve ne pouvait pratiquement pas être découverte sans (but for) l'aide de l'accusé*¹¹⁶.

L'arrêt *R. c. Burlingham*¹¹⁷ a élevé au rang de critère le test du «n'eût été», (traduction de «*but for*» test). Dans les faits, l'accusé a fait des aveux complets et révélé aux policiers où il avait jeté l'arme du crime dans une rivière, après avoir conclu une entente avec eux, entente qui portait sur une accusation réduite. Il raconta plus tard à une amie les événements de la journée et lui répéta les renseignements donnés aux policiers. Un malentendu est survenu sur le contenu de l'entente, le ministère public porta une accusation de

115. *R. c. Mellenthin*, précité, note 104, p. 627.

116. Dans l'arrêt *Thompson Newspapers Ltd. c. Canada*, précité, note 92, le juge La Forest disait: «[...] il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait». Ces propos furent aussi repris par le juge Cory dans *R. c. Wise*, précité, note 76.

117. Précité, note 109.

meurtre au premier degré et tenta de produire au procès tous les éléments de preuve obtenus après que l'accusé eut cru à tort avoir une entente valide.

Comme les policiers se sont conduits de façon à miner la faculté qu'avait l'accusé de consulter son avocat avant de conclure l'entente, le juge du procès a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat avait été violé et a écarté la confession de l'appelant, sa divulgation de l'endroit où se trouvait l'arme et les gestes et signes faits aux policiers. Mais il a admis en preuve l'arme à feu, le fait qu'elle avait été trouvée et le témoignage de l'amie sur les révélations que l'accusé lui avait faites. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre, verdict dont il a interjeté appel. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès mais avec une forte dissidence, d'où l'appel à la Cour suprême¹¹⁸.

Le pourvoi porta surtout sur la portée de l'article 24(2) pour ce qui est d'exclure du procès les éléments de preuve obtenus d'une manière qui porte atteinte au droit à l'assistance d'un avocat. Après avoir revu les arrêts pertinents et réitéré que *l'iniquité* du procès touchait au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice, monsieur le juge Iacobucci, pour la majorité, conclut en ces termes:

Je termine mon survol de la jurisprudence pertinente avec l'arrêt récent *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451. Dans cette affaire, on a reconnu que, bien qu'en théorie, il incombe à l'accusé d'établir que la preuve contestée n'aurait pas été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel, en pratique le fardeau incombera fréquemment au ministère public puisqu'il détient une connaissance supérieure. On a indiqué, à la page 553, que le ministère public satisfera au critère du «n'eût été» *s'il convainc la cour selon la prépondérance des probabilités que les autorités chargées d'appliquer la loi auraient découvert la preuve dérivée que l'on conteste peu important les renseignements obtenus grâce au comportement inconstitutionnel*. (nos italiques)

Le juge estima qu'on devait d'abord déterminer l'admissibilité de l'arme, puis s'intéresser aux témoignages relatifs à l'arme et aux révélations reçues par l'amie. En conclusion, il opina que la preuve matérielle dérivée, «[...] c'est-à-dire l'arme à feu, *n'aurait pu* être

118. En fait, Burlingham a été accusé de deux meurtres commis à l'égard de jeunes femmes d'une façon similaire. Dans le cas de l'autre victime, la Cour d'appel a rejeté l'appel contre sa déclaration de culpabilité et aucune demande de pourvoi ne fut logée en Cour suprême dans ce cas.

découverte *n'eût été* les renseignements obtenus irrégulièrement grâce à une violation de l'art. 10b)». Ensuite, malgré le fait que les déclarations n'aient qu'un lien éloigné avec le comportement inconstitutionnel, elles furent exclues parce que leur utilisation dans le contexte de toute l'affaire porterait atteinte à l'équité du procès.

On peut conclure que le «test du *n'eût été*» fait désormais partie intégrante de l'analyse sous l'art. 24(2) de la Charte dans les cas où une preuve a été créée *avec* la participation de l'accusé¹¹⁹.

Dans les cas où la preuve pouvait être découverte sans que l'on ait à violer la Charte, les éléments de preuves ne seront pas exclus. D'ailleurs dans deux arrêts récents, *Silveira*, précité, et *Evans*, précité, les éléments de preuve recueillis ne furent pas exclus¹²⁰.

ii) *L'incidence de l'équité sur la deuxième série de facteurs*

Le juge Sopinka:

À mon avis, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) permet de conclure clairement que lorsque la preuve contestée se heurte à la première série de facteurs énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), l'admissibilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième série de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs d'*écarter* la preuve et non des moyens facultatifs d'*admettre* la preuve.¹²¹

5.2. *Les facteurs touchant à la gravité de la violation*

Dans l'arrêt *R. c. Silveira*¹²², dans un contexte d'urgence, les policiers sont entrés, armes à la main, dans une maison afin de préserver une preuve matérielle. Les policiers ont sécurisé les lieux,

119. La Cour d'appel du Québec a référé au «but for test» dans l'arrêt *P.G. Canada c. Bujold*, C.A.Q., n° 500-10-000308-930, jugement déposé le 22 novembre 1995.

120. Le juge Sopinka dans *Evans* précité, note 96: «Pour emprunter les termes de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, 293, les plants de marijuana en question dans le présent pourvoi «préexistaient à l'action contestée de l'État, et pouvaient être découverts par des moyens d'enquête ne faisant pas intervenir l'accusé». Étant donné que cette preuve était matérielle et qu'elle pouvait être découverte, au sens que notre Cour a donné à ces termes dans des arrêts antérieurs, son utilisation n'est pas susceptible de rendre le procès inéquitable».

121. Voir *R. c. Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151, 207 et 208, principe repris dans *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24.

122. Précité, note 77.

rengainé leurs armes et indiqué aux occupants qu'ils pouvaient continuer de vaquer à leurs occupations en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition. Ultérieurement, la perquisition à l'aide du mandat permit de découvrir et de saisir de la cocaïne et de l'argent comptant. La fouille, la perquisition et la saisie furent jugées contraires à l'art. 8 de la Charte, mais les éléments de preuve que la perquisition avait permis de découvrir furent admis. Une majorité de juges de la Cour d'appel opina dans le même sens d'où le pourvoi en Cour suprême. Dans le contexte très particulier de l'urgence, considérant qu'il s'agit d'une preuve qui aurait été inévitablement découverte lors de la perquisition, l'appelant a indiqué en Cour suprême qu'il ne soutenait pas sérieusement que l'utilisation des éléments de preuve portait atteinte à l'équité du procès.

Le juge Cory, pour la Cour, estima que l'examen de la question de la gravité de la violation était l'aspect le plus difficile du pourvoi. Il proposa l'examen d'un certain nombre de facteurs tirés des arrêts antérieurs de la Cour¹²³.

- La violation a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi ou était-elle volontaire, intentionnelle et flagrante?
- La violation était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- La violation était-elle motivée par une situation d'urgence ou de nécessité?
- La police aurait-elle pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête qui n'auraient pas porté atteinte à la Charte?

Examinant la nature de la violation, le juge Cory conclut qu'il était difficile d'imaginer une violation plus grave du droit à la vie privée d'un particulier, la présence non autorisée de mandataires de l'État dans une demeure constituant l'ultime atteinte à la vie privée¹²⁴. Il existait cependant d'autres facteurs qui atténuaient la gravité de la violation de la Charte. Il y avait des éléments de preuve solides et convaincants qui permettaient au juge du procès et à la

123. Voir entre autres les arrêts précités *R. c. Collins*; *R. c. Elshaw*; *R. c. Grant* et *R. c. Wise*.

124. Dans *R. c. Dymont*, précité, note 68, le juge La Forest disait: «Dans l'arrêt Pohoretsky, précité, à la page 949, le juge Lamer fait observer qu'une «violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile.» Par contre, la gravité de la violation serait moindre lorsque l'atteinte à la vie privée a lieu à l'égard d'un véhicule à moteur, *R. c. Wise*, précité, note 123.

Cour d'appel, à la majorité, de conclure à l'existence d'une situation d'urgence et à l'absence de mauvaise foi des policiers et l'appelant n'a pas réussi à convaincre la Cour d'intervenir.

5.3. L'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice

Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve obtenue d'une manière contraire à la Charte. L'article a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit *davantage* déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance que par l'exclusion. Cette déconsidération additionnelle découlera de l'utilisation d'éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite¹²⁵. Il faut tenir compte des effets à long terme d'une décision¹²⁶. La cour statuera donc régulièrement sur la bonne foi ou la mauvaise foi des policiers, examinera la fiabilité de l'élément de preuve sous analyse, son importance pour la thèse du ministère public¹²⁷ ainsi que la gravité de l'infraction¹²⁸ et son effet dans la société¹²⁹, les circonstances dans

125. Voir *R. c. Collins*, précité, note 78; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755 et dans *R. c. Kokesch*, précité, note 95, le juge Sopinka: «Notre cour ne peut donner à penser qu'elle tolère une conduite illégale délibérée destinée à passer outre les limites légales et constitutionnelles du pouvoir de la police de s'immiscer dans la vie privée».

126. «Bien que l'effet de la preuve au procès puisse être pertinent pour examiner le troisième groupe de facteurs énoncés dans *Collins*, soit les effets de l'*exclusion* de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, la jurisprudence n'a établi aucun cadre permettant d'examiner l'incidence de l'*admission* de la preuve. Il n'y a pas lieu non plus de créer un tel cadre actuellement». Propos du juge Iacobucci dans *R. c. Burlingham*, précité, note 108.

127. Le juge Cory dans *R. c. Silveira*, précité, note 77: «Les éléments de preuve en cause revêtaient une importance vitale, voire cruciale, pour la poursuite».

128. Voir le juge Iacobucci dans *R. c. Burlingham*, précité, note 108: «Il faut souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2). Ces objectifs s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé. Je remarque que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre que le fait que le crime que Burlingham est accusé d'avoir commis (meurtre au premier degré) soit le plus grave au Canada milite en faveur de l'inclusion de la preuve obtenue inconstitutionnellement. Cela contredit la décision de notre Cour dans l'affaire *Collins* où le juge Lamer conclut, à la page 286: «Je m'empresse d'ajouter toutefois que, si l'utilisation de la preuve entraîne un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne peut rendre cette preuve admissible».

129. La Cour sera particulièrement sensible à l'effet catastrophique dans la société du trafic des drogues, voir à titre d'exemple *R. c. Silveira*, précité, note 77 et *R. c. Evans*, précité, note 96.

lesquelles elle a été commise, sans jamais perdre de vue cependant que peu de choses sont plus susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice que de voir quelqu'un être emprisonné à l'issue d'un procès inéquitable¹³⁰. La norme à appliquer est celle du membre raisonnable de la collectivité, objectif et bien informé de toutes les circonstances¹³¹.

6. Conclusion

La common law, comme le rappelait le juge en chef Antonio Lamer¹³², nous donne des indications précieuses de ce qui est juste et équitable dans un contexte factuel. Un besoin fondamental de protection individuelle, à l'origine contre les attaques d'autrui puis contre toute conduite abusive de l'État, a permis d'élever au premier rang des garanties constitutionnelles, un principe de common law: la protection de la vie privée.

Le droit à la protection contre les perquisitions, les fouilles et les saisies abusives doit être situé dans son contexte philosophique et historique pour révéler sa pleine mesure. La Charte, moderne et évolutive, assurera l'intégration d'un passé riche d'enseignement, héritage d'un État de droit, et d'un idéal légitime, une société juste et équitable.

130. Voir *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Aussi en appel, la Cour hésitera avant de conclure à l'applicabilité de la disposition réparatrice de l'article 686(1)b)(iii) plutôt que d'ordonner un nouveau procès, à cause de la même logique: «Plus généralement, j'hésite à ouvrir la possibilité qu'il devienne banal pour un accusé d'établir l'existence d'une violation de la Charte suffisante pour attaquer la considération dont jouit l'administration de la justice, pour ensuite voir le sous-al. 686(1)b)(iii) nier à cette personne la possibilité de subir un procès équitable où elle devrait réfuter une preuve obtenue d'une manière constitutionnelle. On devrait songer à limiter l'exception énoncé dans *Elshaw* aux seuls cas où il peut être établi hors de tout doute raisonnable que la preuve contestée, écartée en application du par. 24(2) par suite d'une violation de la Charte, n'a d'aucune façon contribué au premier verdict.» Propos du juge Iacobucci dans *R. c. Burlingham*, précité, note 108.

131. Principe énoncé dans l'arrêt *Collins*, précité, note 78 et répété dans l'arrêt *R. c. Borden*, précité, note 75.

132. Dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

